

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONTROLE JURISDICIONAL DE TRIBUTOS

MARIA ISABEL GALLOTTI

1. *Instrumentos constitucionais de controle de legalidade dos tributos.*
2. *Ação Direta de Inconstitucionalidade.*
3. *Mandado de Segurança coletivo.*
4. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.*
5. *Mandado de Injunção.*
6. *Ação Declaratória de Constitucionalidade.*

1. *Os instrumentos de controle previstos na Constituição*

Começo por delimitar a matéria em debate: dentro do tema do encontro Revisão Constitucional do Sistema Tributário, o Painei V trata dos instrumentos postos à disposição do contribuinte e do fisco, pela Constituição Federal, para discutir, em juízo, a legitimidade das exações tributárias. São eles: o mandado de segurança, o mandado de injunção e as ações de controle abstrato da constitucionalidade, a saber, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a recém-criada ação declaratória de constitucionalidade.

O mandado de injunção e o mandado de segurança têm em comum o fato de serem remédios constitucionais destinados à garantia de direitos subjetivos, concretamente considerados, sejam eles individuais ou coletivos.¹ Por meio do mandado de segurança, o impetrante busca proteção contra ato ou ameaça de ato ilegal de autoridade, lesivo de direito assegurado por norma auto-aplicável, mas que, no seu entender, está sendo desrespeitada pelo Poder Público. Ao contrário, no mandado de injunção cabe ao impetrante demonstrar que a Constituição Federal lhe deferiu direito, cujo exercício está sendo obstado pela falta de norma que o regulamente. Se o direito provém de artigo da Constituição auto-aplicável, ou pode ser inferido com recurso à analogia, não cabe mandado de injunção, mas mandado de segurança.²

As ações de controle abstrato de constitucionalidade, de forma oposta ao que sucede com os mandados de segurança e de injunção, não têm em mira um determinado conflito de interesses entre titulares de direitos subjetivos. Nelas o Supremo Tri-

¹ MI 278, desp. Min. Carlos Velloso, RTJ 136/873.

² MI 152, rel. Min. Célio Borja, RTJ 132/32, MI 97, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.3.90, MI 144, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

bunal Federal aprecia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de um ato normativo, ou a situação de inconstitucionalidade gerada pela omissão do Poder competente para regulamentar preceito constitucional. A decisão então proferida tem eficácia retroativa e *erga omnes*, a partir da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça.³

Como um estudo exaustivo de tais institutos seria descabido no âmbito deste Painel, pretendo enfocar apenas algumas questões processuais de especial relevo para o debate judicial de temas tributários, surgidas com a Constituição de 1988.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade

No que toca à Ação Direta de Inconstitucionalidade, a mais importante novidade diz respeito à legitimidade para ajuizá-la, antes exclusiva do Procurador-Geral da República e, atualmente, conferida, de modo concorrente, além de a ele, ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara e das Assembléias Legislativas, a Governadores de Estado, ao Conselho Federal da OAB, a partido político com representação no Congresso Nacional, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem construindo, diante do exame de cada caso concreto, o alcance a ser dado à legitimação das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Assentou-se, em primeiro lugar, que dentre as organizações sindicais, de forma diversa do que sucede no mandado de segurança coletivo, apenas as Confederações têm legitimidade para ajuizar ação direta. Explicou-o o Ministro Moreira Alves, a partir do princípio de hermenêutica, segundo o qual a “as leis não contém palavras inúteis”. Se atribuído sentido amplo à expressão “entidades de classe”, seria inútil a referência a confederações. Esta opção do Constituinte se deve ao princípio da unicidade sindical e à preservação no sistema atual da graduação hierárquica sindical, como se infere dos artigos da Constituição que estabelecem a indicação de nomes para o TST pelas confederações e para os TRTs pelas federações e sindicatos (CF, arts. 111, § 2º e 115). Assim, entidades de classe são entidades outras que não as de natureza sindical.⁴ Dessa forma, não tem o STF reconhecido legitimidade ativa a Sindicatos Nacionais e Federações Nacionais.⁵ E Confederação Nacional não é simplesmente aquela que se denomina como tal, mas a que preenche os requisitos do art. 535, da CLT, recebido pela vigente Constituição.⁶

A razão de ser da legitimidade deferida à Confederação está na representatividade nacional de certa categoria, motivo pelo qual o Supremo negou legitimidade a certa Confederação, porquanto provado nos autos que a entidade sindical surgiu mediante registro do estatuto no Cartório das Pessoas Jurídicas, não tendo havido deliberação dos interessados sobre o desmembramento.⁷

³ ADIn 711, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 11.6.93.

⁴ ADIn 275, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 134/50, ADIn 433, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 138/421.

⁵ ADIn 17, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 24.5.91, ADIn 398, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 28.6.91.

⁶ ADIn 505, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/468.

⁷ ADIn 831, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.93.

Também associações de associações não têm sido entendidas como entidades de classe, porque representam as pessoas jurídicas associadas e não os integrantes destas. Nem o são as associações que congreguem pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, unidas por interesses contingentes,⁸ ou apenas por dado tipo de regime jurídico.⁹

É discutível se a noção de “entidade de classe” está ligada à de atividade profissional, caso em que não compreenderia entidades como a União Nacional dos Estudantes.¹⁰ Mas, sem dúvida alguma, para que a entidade de classe se caracterize como tal “é necessária a existência de um grupo social diferenciado que lhe constitua a base”, bem como que ela tenha um “coeficiente de representatividade a tornar imprescindível, tanto quanto possível (...), a universalidade de representação da categoria ou grupo em função das quais foi constituída e organizada”, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, invocando definição do Ministro Celso de Mello, ao recusar legitimidade à Associação Brasileira de Defesa do Cidadão.¹¹

Acrescente-se que entidades de âmbito nacional são aquelas que efetivamente possuam representatividade em parte considerável do território nacional, tendo o Supremo julgado como tal aquelas existentes em pelo menos nove Estados, invocando por analogia a lei orgânica dos partidos políticos.¹²

Cumpra, ainda, destacar que a confederação ou entidade de classe só tem legitimidade para ajuizar ação direta relacionada com ato normativo de interesse específico da classe por ela representada. Em outras palavras, há de haver pertinência entre o objeto de ação e os interesses da classe respectiva. A única exceção é a OAB, a quem o STF reconhece legitimidade para defender a inteireza do ordenamento jurídico, tendo em vista os fins institucionais da entidade de classe em causa.¹³

Outra inovação digna de nota é a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

Esta ação abstrata de controle de constitucionalidade, afeta à Justiça Estadual, somente admitindo o exame da validade do ato questionado em confronto com a Constituição estadual. O Supremo Tribunal Federal tem concedido liminares para suspender a execução de dispositivos de constituições estaduais que estabelecem a competência de Tribunais de Justiça para julgar a legitimidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Isto porque, na hipótese de acórdão estadual, em ação direta, com eficácia *erga omnes*, portanto, transitar em julgado, seria impossível ao Supremo — intérprete máximo da Constituição Federal — reexaminar a matéria no con-

⁸ ADIn 108, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 141/3, ADIn 433, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 138/421, ADIn 353, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.3.93.

⁹ ADIn 42, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 2.4.93.

¹⁰ ADIn 894, rel. Min. Nêri da Silveira, sessão de 26.6.93: após os votos do Ministro Relator e Ilmar Galvão não conhecendo da ação por ilegitimidade ativa da UNE e dos Ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, dela conhecendo, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Paulo Brossard.

¹¹ ADIn 61, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 133/10.

¹² ADIn 108, rel. Min. Celso de Mello, RTJ/9 e ADIn 386, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 28.6.91 e ADIn 77, rel. Min. rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.3.92.

¹³ ADIn 591, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 138/81, ADIn 139, rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ 133/520.

trole difuso de constitucionalidade, único sistema possível, em se tratando de lei municipal.¹⁴

Interessante, contudo, observar que frequentemente os dispositivos constitucionais estaduais reproduzem preceitos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados — pode-se dizer serem cópia necessária dos constantes da Constituição Federal. Neste caso a quem caberia julgar a arguição de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face de tal dispositivo, formalmente estadual, mas oriundo da Constituição Federal? Decidiu o Supremo, com quatro votos vencidos, caber o julgamento à Justiça Estadual, “com a possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que reproduz a federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.”¹⁵ Conclui-se, pois, que de uma certa forma foi admitido, mesmo que de forma indireta, o controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais, perante a Constituição Federal.

3. Mandado de Segurança

A mais significativa novidade neste campo é o mandado de segurança coletivo.

Logo de início já se firmou a jurisprudência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça, com relação à necessidade de haver pertinência entre o ato de autoridade impugnado e os interesses dos substituídos como membros da entidade de classe, a fim de que esta tenha legitimidade ativa. Por este motivo, foi negada legitimidade a um certo sindicato para impugnar tabela de cálculo de contribuição sindical devida por categoria profissional por ele não representada.¹⁶ Os interesses defendidos devem ser típicos da coletividade que compõe a entidade de classe.¹⁷ Para ilustrar o debate, pode-se dizer que a Ordem dos Advogados não teria legitimidade para ajuizar mandado de segurança coletivo postulando eximir todos os advogados de pagar imposto de renda — obrigação que não é específica da classe —, mas poderia contestar a validade de taxa hipoteticamente incidente sobre a retirada de autos de cartório.

Também aos partidos políticos, a jurisprudência tem estendido o requisito da pertinência. Neste sentido, o STJ decidiu ao julgar certo partido carente de legitimidade para impetrar mandado coletivo em favor de titulares de benefícios previdenciários. Os interesses a ser defendidos devem ser atinentes a finalidades político-partidárias.¹⁸

Questão ainda mais delicada diz respeito à exigência de autorização dos associados para a defesa de seus direitos pela entidade de classe. Diversas decisões do STJ têm considerado imprescindível tal requisito.¹⁹

¹⁴ ADIn 409, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 134/1066, Recl 337, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ 133/551, ADIn 136, rel. Min. Octávio Gallotti, RTJ 136/1062.

¹⁵ Rcl 383, rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.5.93.

¹⁶ RMS 21.026, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 131/1109.

¹⁷ STJ, MS 224, rel. Min. Pedro Aciole.

¹⁸ cf. STJ, MS 1.252, rel. Min. Gomes de Barros, DJ 13.4.92; EDMS 197, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 15.10.90, MS 256, rel. Min. Pedro Aciole, DJ 4.6.90.

¹⁹ MS 915, rel. Min. Peçanha Martins, DJ 18.5.92; MS 1043, rel. Min. Garcia Vieira, RSTF 29/226.

Há acórdão de turma do STF que faz distinção entre a representação e a substituição processual. Apenas em se tratando de representação processual exige-se a autorização expressa dos associados (CF, art. 5º, XXI). No caso de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a entidade age em nome próprio, em defesa de interesses de seus associados. Aqui há substituição, e, portanto, descabe a exigência de credenciamento.²⁰

Creio, contudo, que a questão deva ser enfrentada em conjunto com outras, cruciais, mas ainda não resolvidas em definitivo, como quais os tipos de direitos discutíveis por meio de tal instrumento processual e os limites subjetivos da coisa julgada.

Para alguns juristas, apenas os direitos coletivos, típicos de uma dada profissão ou categoria social ou econômica, poderiam ser protegidos por meio de mandado coletivo, ajuizado pelo ente de classe. Para outros, também os interesses são difusos. E alguns admitem, até, que o sindicato ou associação possam demandar em nome próprio direitos subjetivos individuais dos associados.²¹

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, há diversas teses: abrangeria todos os filiados à entidade de classe até a data do trânsito em julgado da sentença de mérito, ou alcançaria também os que viessem, no futuro, a se associar, ou, de forma inversa, seriam limitados aos integrantes do ente de classe no momento da propositura da ação, devendo seus nomes constar de relação anexa à inicial.²²

Se o objeto do mandado for limitado a interesses coletivos ou difusos, não vejo maior dificuldade na aceitação da tese de que a entidade de classe, na qualidade de substituta processual e não mera representante, prescinde de autorização ou de que esta pode ser apenas genérica, constante do estatuto. Mas, se admitida a defesa pelo sindicato de direitos individuais plúrimos de seus associados, torna-se relevante a exigência da autorização expressa de cada um dos que será atingido pela coisa julgada. Neste caso, impõe-se estabelecer, logo de início, a identidade de todos aqueles cujos interesses subjetivos individuais estarão em julgamento, para que se permita a verificação de litispendência, coisa julgada e a existência de prova documental preconstituída acerca da situação de fato de cada um deles.

Lembre-se que, no mandado de segurança coletivo, diversamente do que ocorre nas ações abstratas de controle de constitucionalidade, a sentença pressupõe o acertamento da situação de fato e de direito de cada um dos impetrantes ou substituídos. Há, pois, limitações materiais a ser observadas quanto à possibilidade de reunirem-se, num único processo, documentos relativos a cada interessado, cuja situação será julgada não em abstrato, mas concretamente, individualmente, embora de forma plúrima. E os percalços maiores poderão surgir na execução da sentença.

O mandado de segurança não é, pois, um instrumento vocacionado a resolver

²⁰ ROMS D21.514-3, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.6.93.

²¹ Cf., a propósito, a coletânea “Mandados de Segurança e de Injunção”, coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1990, especialmente os trabalhos. “Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988”, de Carlos Mário da Silva Velloso, “Mandado de segurança na Constituição de 1988”, de Celso Agrícola Barbi e “Interesse processual e mandado de segurança coletivo”, de Lourival Gonçalves de Oliveira. Ver, também, Meirelles, Hely Lopes, “Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas-data”, Rev. Tribunais, 1989, pp. 14-5.

²² Cf., a propósito, Calmon de Passos, “Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data”, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 76-8.

direitos individuais plúrimos em número ilimitado e indefinido, pois para tais direitos não se concebem sentenças gerais e abstratas.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Assinala o notável jurista baiano Calmon de Passos que a teoria tradicional das inconstitucionalidades revela preocupação com o “agir inconstitucional” do Estado, resultando em atos normativos viciados, que devem ser banidos do ordenamento jurídico.²³

Do clássico Estado liberal, mero espectador da atividade econômica, não se esperavam interferências na atividade privada. Os direitos e garantias individuais eram encarados como proteção contra o “agir” do Estado, que se deveria ater a cumprir funções públicas típicas, como manutenção da ordem pública, relações internacionais, administração da Justiça.

Posteriormente, ao Estado passou-se a atribuir o papel de intervir na ordem econômica e social. Surgiu, então, a necessidade de controlar também as “omissões inconstitucionais” do Estado, cobrando dele ações, a fim de que cumprisse suas novas funções e se tornassem realidade os direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos.

Esta a origem do controle de inconstitucionalidade por omissão, adotado pela primeira vez no Brasil pela Constituição Federal de 1988, em duas modalidades: o controle concentrado e abstrato da omissão inconstitucional, por intermédio da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos órgãos ou entidades legitimados e o controle em face de situação concreta, levada ao conhecimento do Poder Judiciário pelo próprio interessado.

A ação de inconstitucionalidade por “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” pode ser ajuizada por qualquer das autoridades legitimadas para propor a ação direta de inconstitucionalidade e segue o mesmo rito da ADIn. Declarada a inconstitucionalidade da omissão, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O segundo substitutivo da Comissão de Sistematização eliminou a competência originalmente prevista para o Supremo Tribunal Federal, o qual, em caso de descumprimento da ordem de regulamentar ou legislar, teria poder de suprir a omissão, editando resolução, a qual, com força de lei, vigeria supletivamente (art. 149, § 2º).

A rejeição, pela Constituinte, do dispositivo que permitia ao Supremo Tribunal Federal suprir a omissão, associada à consagração, no texto constitucional, dos princípios — tradicionais em nosso sistema jurídico — da independência dos Poderes e da legalidade, torna extrema de dúvida que a consequência da declaração de inconstitucionalidade por omissão apenas pode ser a fixação de prazo para que o órgão omisso edite os atos necessários à restauração da constitucionalidade.

Certamente por isso o instrumento tem sido pouco utilizado, havendo notícia de apenas 22 ações de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas até hoje.

²³ Calmon de Passos, ob. cit., páginas 90 e seguintes.

Algumas delas foram extintas sem julgamento do mérito, por despacho do relator, por motivos diversos, como ilegitimidade ativa, ter o pedido perdido o objeto com a posterior edição do ato normativo reclamado, entre outros.

Ao julgar a ADIn 19-5 o Supremo Tribunal Federal definiu o sentido da expressão “medida para tornar efetiva norma constitucional” constante do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, cuja alegada ausência é pressuposto para o cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão. Segundo entendeu o relator, Ministro Aldir Passarinho, a medida “cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender, como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto”. Em consequência, o Tribunal negou seguimento à ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Alagoas com o fim de compelir a Assembléia Legislativa a ajustar a folha de pagamento de seus funcionários ao limite balizador do Poder Executivo.²⁴

Apreciou o Supremo Tribunal Federal questão de ordem na ADIn 23-3, para decidir que o Advogado Geral da União está dispensado de pronunciar-se na ação direta por omissão, ao contrário do que ocorre na ação de inconstitucionalidade positiva, quando tem o dever de defender o ato impugnado, mesmo que estadual (CF, art. 103, § 3º).²⁵

Quanto ao cabimento de pedido liminar na ação em causa, considerou, o Tribunal, em acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio, ser “incompatível com o objeto imediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar”. Admitiu, contudo, o Ministro Sepúlveda Pertence que, caso no futuro se apresente outra ação, tendo, como pedido liminar, não a antecipação de efeitos positivos da futura lei reclamada, mas um pedido cautelar negativo, inibitório de um risco causado pela falta de regulamentação, a matéria poderá ter outra solução.²⁶

Ainda no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, cumpre lembrar questão de difícil desate e de particular relevo no âmbito do direito tributário. Refiro-me à da inconstitucionalidade por exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia.

Este tema já foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal em diferentes oportunidades, mas ainda não logrou solução definitiva.

Se uma lei impõe ônus a determinada pessoa, com caráter discriminatório, sem estendê-lo às demais em idêntica situação, o remédio é simples: declara-se inconstitucional a discriminação.

Mas, em outras hipóteses, a lei concede a determinada categoria um benefício, deixando de contemplar outro grupo de indivíduos na mesma situação. Há uma evidente ofensa à isonomia, a qual pode ser resolvida tanto com a consideração de que houve “esquecimento do legislador”, estendendo-se o benefício àqueles preteridos, como, ao contrário, julgando-se que a exclusão foi arbitrária, do que se segue a invalidação total do ato legislativo, suprimindo-se o benefício.

²⁴ ADIn 19, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 14.4.89.

²⁵ ADIn 23, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 131/463.

²⁶ ADIn 361, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 133/569.

A tradição do direito brasileiro tem sido declarar inconstitucional o ato normativo que concede benefício com violação à isonomia. Isto porque o Poder Judiciário não tem função legislativa que o autorize a fazer opções políticas como aumentar vencimentos (súmula 339 do STF) ou conceder vantagens fiscais, a exemplo do que se decidiu no RE 102.553, a propósito de redução de alíquota de ICM.²⁷

Após a Constituição de 1988, com o estabelecimento do controle da inconstitucionalidade por omissão, o tema deve ser examinado sob nova ótica.

Uma dada medida provisória, referente a aumento de vencimentos para determinada categoria de servidores públicos, com exclusão supostamente ofensiva à isonomia de outros, foi impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de duas ações, propostas por diferentes entidades a tanto legitimadas: uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual se pede a declaração de nulidade do ato normativo e uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na qual se pleiteia seja determinado ao Poder Executivo a edição de ato normativo extensivo do aumento.

Ao votar contra o deferimento do pedido de cautelar na primeira delas, a ADIn 525, o Ministro Sepúlveda Pertence acentuou que, em casos tais, “decisão invalidatória do ato tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos”.

Posteriormente, ao também indeferir o pedido de liminar na ação de inconstitucionalidade por omissão relativa à mesma lei, o Ministro Pertence relembrou seu voto anterior, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal não tem poderes para determinar a extensão da lei, porque, de acordo com o art. 103, § 2º, da CF, “declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei há de cingir-se a comunicá-la ao órgão competente, para que a supra. Mas, no caso, considerando que o pedido não é o suprimimento a omissão pelo Tribunal, mas que este determine ao Presidente da República que o faça, no prazo que assinar, se não exclui de logo a viabilidade do pedido, que, todavia, há de ser objeto de madura reflexão no julgamento definitivo, a partir da questão preliminar da compatibilidade da declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador por indevida exclusão do âmbito pessoal do benefício concedido, com o sistema brasileiro de convivência dos sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade das leis”.²⁸

5. Mandado de Injunção

Instrumento de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção foi bastante utilizado logo quando promulgada a Constituição Federal de 1988, com diversos objetivos. Por meio dele, trabalhadores pleitearam reintegração, estabilidade e aumento de vencimentos; parlamentares buscaram o aumento da bancada de seu Estado, tentou-se impedir a apresentação pública de certo filme, entre outras pretensões.

²⁷ RE 102.553, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 120/725.

²⁸ ADIn 529, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 5.3.93.

A falta de disciplina processual do instituto, inédito no direito pátrio, motivou apaixonado debate entre os estudiosos, culminando com a definição, pelo Supremo Tribunal, de suas características básicas.²⁹

Entendeu o STF tratar-se de ação outorgada ao titular de direito atribuído pela Constituição, mas cujo exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Os direitos e liberdades constitucionais tutelados por meio do mandado de injunção podem ser quaisquer direitos previstos na Lei Magna, não apenas os discriminados nos arts. 5º e 7º, como defenderam alguns juristas de renome.

A finalidade da ação é, nas palavras do Ministro Moreira Alves, “obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir, para o impetrante, dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional”.

Decidiu, ainda, o Tribunal, que o mandado de injunção é auto-executável, devendo-se aplicar, por analogia, o procedimento do mandado de segurança.

Só tem legitimidade, para impetrar mandado de injunção, aquele que pertença a categoria a que a Constituição haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja impedido pela falta de regulamentação. Assim, o STF não conheceu de mandado de injunção impetrado por militares temporários que pediam a edição de lei regulamentando o instituto da estabilidade, na forma prevista no art. 42, § 9º, da CF, porque nada é dito no texto constitucional com relação à estabilidade para militares temporários, havendo apenas norma que defere competência legislativa.³⁰ Também considerou os Assistentes Jurídicos partes ilegítimas para postular a edição de lei regulamentando a Advocacia-Geral da União, porque o art. 29, do ADCT não lhes conferia, em abstrato, tal direito, o qual só poderia ser legitimamente postulado por Procuradores da República empossados antes 5 de outubro de 1988.³¹ Igualmente, negou legitimidade, a suplentes de deputados estaduais de São Paulo, para requerer injunção a fim de obter a regulamentação do art. 45, § 1º, da CF, que prevê a edição de lei complementar para adequar o número de representantes de cada Estado membro. Isto porque, mesmo que aumentada a bancada de São Paulo, nenhum dispositivo constitucional lhes estaria a assegurar o direito de ocupar os novos cargos.³²

Críticas têm sido feitas à orientação adotada pelo STF, de não se julgar competente para suprir lacuna, editando a norma faltante, para o caso concreto, na opinião de alguns, ou com eficácia *erga omnes*, para outros. Na opinião de inúmeros juristas, tal entendimento esvaziou, por completo, o novo instrumento processual.

Não se deve desconhecer, contudo, a opção política da Constituinte de retirar do STF a competência, prevista nos projetos iniciais, para suprir a omissão, editando

²⁹ MI 107, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 133/11.

³⁰ MI 107, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 135/1, MI 281, rel. Min. Célio Borja, RTJ 133/540.

³¹ MI 188, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 134/15.

³² MI 233, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 134/29.

a norma em caráter supletivo. Esta escolha coaduna-se com o princípio democrático da separação dos poderes e da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma, senão em virtude de lei.

Mas nem por isto ficou o mandado de injunção destituído de eficácia prática. O Ministro Moreira Alves aventou, em seu voto no mandado de injunção 107, a possibilidade de determinar, caso se trate de direito oponível contra o Estado, a suspensão de processos judiciais e administrativos dos quais possa advir dano ao impetrante, em razão da mora do próprio Poder Público, no dever de regulamentar o direito constitucionalmente estabelecido. E o Ministro Pertence foi mais além, ao dizer que sequer elimina a eventualidade de que tais medidas acauteladoras possam ser deferidas ao impetrante, mesmo em face de sujeitos particulares.

No que toca especificamente à matéria tributária, a jurisprudência do Supremo Tribunal registra significativo precedente, no qual foi conferido efeito prático à declaração de mora do legislador.

Certa entidade civil de fins filantrópicos impetrou mandado de injunção, requerendo a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que estabelece serem “isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” O Tribunal a considerou parte legítima para ajuizar a injunção, reconheceu a mora do Poder Legislativo, porque a Constituição fixava prazo de muito já exaurido para apresentação e apreciação dos projetos de lei relativos à seguridade social (ADCT, art. 59) e assinou ao Congresso Nacional prazo de seis meses para que adotasse as providências necessárias para suprir a omissão do dever de legislar, “sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”³³

Observa-se, por conseguinte, que o Supremo tem conseguido dar algum alcance prático ao mandado de injunção, sem comprometer o princípio da separação de poderes.

6. Ação Declaratória de Constitucionalidade

No bojo da reforma constitucional tributária levada a efeito pela Emenda Constitucional 3/93, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade. O poder de iniciativa foi deferido tão-somente ao Presidente da República, às Mesa da Câmara e do Senado e ao Procurador-Geral da República. O objeto da ação é apenas o ato normativo federal, ao contrário da ação de inconstitucionalidade que abrange ato estadual. E a decisão proferida pelo Supremo Tribunal “produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”.

Qual a diferença entre efeito *erga omnes* e efeito vinculante?

Gilmar Ferreira Mendes, um dos estudiosos inspiradores da ação declaratória, partindo do exemplo da experiência alemã, explica que eficácia *erga omnes* significa eficácia contra todos, de modo que se uma lei foi declarada inconstitucional, como consequência ninguém mais pode cogitar de sua aplicação; aplicá-la seria aplicar nor-

³³ M1 232, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 137/965.

ma inexistente. Se ela foi declarada constitucional por decisão definitiva do STF, não se lhe pode recusar a validade. Com o efeito vinculante, pretendeu-se conferir maior eficácia à decisão. Os demais órgãos do Judiciário e do Executivo ficam obrigados a seguir não apenas a parte decisória do acórdão do Supremo Tribunal, quanto à constitucionalidade ou não de determinado ato normativo especificamente considerado, mas também a observar os seus fundamentos determinantes, vale dizer “a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e, portanto, deve ser preservada ou eliminada”.³⁴

A eficácia vinculante tem o intuito de fazer com que os órgãos estatais passem a agir em conformidade com o sentido da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, abstendo-se de reiterar atos idênticos, formalmente outros, mas com o mesmo conteúdo.

Muito se têm discutido à propósito da constitucionalidade ou não da emenda que criou a ação declaratória. A Associação Nacional dos Magistrados ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contestando-a.

Os argumentos são vários: ausência de réu, violação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento, bem como do direito de acesso do cidadão ao Judiciário. O Supremo Tribunal Federal não exerceria o papel de julgador, mas o de legislador.

Verifica-se que a maior parte dos críticos procura estender, à ação de declaração da constitucionalidade, princípios moldados para presidir o julgamento de uma lide concreta, onde há autor, réu e um conflito subjetivo de interesses.

Ocorre que, no controle de constitucionalidade em tese, não se submete à apreciação do Supremo um conflito subjetivo de interesses. A validade da lei é considerada em abstrato. Não pode haver duplo grau de jurisdição, porque o sistema de controle abstrato é concentrado. Não há partes pessoalmente interessadas, tanto que as clássicas hipóteses de impedimento do magistrado não são observadas, e o autor eventualmente pode pronunciar-se em sentido contrário ao do pedido inicial, sem que a ação perca o objeto, como acontece quando o Procurador-Geral da República opina, em seu parecer, pela constitucionalidade do ato cuja inconstitucionalidade argüira.

O “Réu” na ação direta não é mais que um informante, a quem se faculta manifestação no processo objetivo de controle de constitucionalidade, o mesmo podendo ocorrer na ação declaratória recém-criada, bastando para tanto que a regulamentação legal e jurisprudencial do instituto determine a interveniência de todos os órgãos envolvidos na elaboração da lei.

A exemplo do que sucede na Alemanha, poderá ser exigível a demonstração de interesse de agir, mediante a comprovação de que Juízes têm decidido contra a constitucionalidade da lei, ou outras autoridades tenham negado sua aplicação.

Com relação à ofensa ao direito individual de acesso ao Judiciário e à ampla defesa, parece-me difícil imaginar um caso de maior prejuízo individual, sem possibilidade alguma de defesa, porém de constitucionalidade indubitosa, do que o causado a uma pessoa que perde seu cargo porque a lei que o criou, ou a resolução que

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional 3, de 1993”.

lhe concedeu ascensão funcional, foi fulminada pelo Supremo no julgamento de uma ação de inconstitucionalidade.

Não se esqueça de que, na ação de inconstitucionalidade, o Supremo pode declarar a validade da lei, e na declaratória de constitucionalidade pode-se alcançar, como resultado, precisamente o contrário (Reg. Int. do STF, art. 173). As ações têm a mesma natureza e idêntico objeto: o exame concentrado da constitucionalidade dos atos normativos. As objeções que se lhe fazem seriam melhor dirigidas contra o sistema concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, adotado por nossa Constituição, paralelamente ao difuso.

Este sistema misto forçosamente implica interferências no controle difuso. Por esse motivo, o STJ tem determinado a suspensão de processos nos quais se discute a validade de lei de eficácia suspensa, em caráter liminar, pelo Supremo.³⁵

Cabe, às autoridades legitimadas, fazer da ação direta o melhor uso, no sentido de promover a paz pública e a segurança das relações jurídicas.

³⁵ RMS 1.974, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 8.3.93.